تكميل العقد بين الكشف عن إرادة المتعاقدين وإنشائه

Completion of the contract between disclosure of the will of the contractors and its establishment

سمير شيهاني ♦
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة البويرة/ الجزائر
s.chihani@univ-bouira.dz

حمزة قتال
كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة البويرة/ الجزائر
h.gattal@univ-bouira.dz

تاريخ الإرسال: 2021/04/29 تاريخ القبول: 2021/05/12 تاريخ النشر: 2021/06/29

الملخص:

تناولت الدراسة موضوع تكميل العقد عند عدم اتفاق المتعاقدين على جميع مسائل العقد، منعًا لأيّ خلاف حول تنفيذه، وضمانا لاستمراره إلى غاية تحقيق الهدف المبرم من أجله، وحماية لمصالح المتعاقدين.

وقد تبين من خلال الدراسة الدور البارز للقاضي وفق الضوابط والمعايير التي وضعها له المشرع. كما تبين أن عمل القاضي هنا قد يكون مجرد تفسير وكشف عن إرادة المتعاقدين، وقد يتعدى ذلك بأن يصل إلى حد إنشاء التزامات لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين طالما أنها من مستلزماته.

وبهذا فإن عمل القاضي يعتبر محققًا لإرادة المشرع من خلال إعماله لهذه المعايير، وهو متعلقٌ بالقانون، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

الكلمات المفتاحية: تكميل العقد؛ تفسير الإرادة؛ مستلزمات العقد؛ طبيعة المعاملة؛ العرف والعدالة.

Abstract:

The study focused on the issue of contract completion when the contracting parties do not agree on all issues of the contract, to avoid any dispute over its implementation, and to ensure its continuity until the achievement of the purpose for witch it was concluded, and to protect the interests of the contracting parties.

The study revealed the preeminent role of the judge in accordance with the restrictions and standards set for him by the legislator, as It also appears that the work of the judge here can be simply an interpretation and disclousure of the will of contractors, this can overcome by reaching the point of creating commitments, which the will of the contractors was not oriented towards this as long as it is one of his requirements.

♦ المؤلف المرسل

Thus, the work of the judge is considered to be in accordance with the will of the legislator through its implementation of these standards, and it is linked to the law, and in this regard it is subject to the control of the Supreme Court.

Keywords: Contract fulfillment; interpretation of the will; contract requirements; nature the transaction; custom and justice.

مقدمة:

يعتبر العقد مصدرًا إراديًّا للحقوق والالتزامات؛ فالمتعاقدان هما اللذان يبرمان عقدهما، ويحدّدان نطاقه وكيفية تنفيذه، وهذا ما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة.

فحينما يتفق المتعاقدان على إبرام العقد فإنهما يضعان تنظيمًا شاملاً لكل المسائل التي ينبغي أن يتضمّنها هذا العقد، حيث يحدّدان مضمونه ببيان ما يترتب عنه من حقوق والتزامات، وهذا هو الوضع الغالب، لكن قد يحدث أحيانًا أن يأتي العقد ناقصًا، إمَّا لسهو قد اعترى المتعاقدين أو لجهل منهما بالأحكام القانونية التي تنظم مثل هذا العقد، أو عن تعمد منهما لإرجاء الاتفاق على بعض المسائل لاحقا، وهذه الحالة مهما كان سببها تستدعي إتمام هذا النقص، وهذا ما يسمى بتكميل نطاق العقد.

ويعد تدخل القاضي في العقد بإضافة التزامات جديدة لم تكن موجودة وقت التعاقد يجعل من دوره ذا أهمية بالغة في تحديد نطاق العقد من جهة، وفي تحقيق التوازن العقدي بين طرفيه من جهة ثانية، وكذلك في حماية العقد في حد ذاته بالإبقاء عليه دون الحكم ببطلانه أو بفسخه.

إن الغرض من هذ الدراسة هو بيان الحالات التي تستدعي تكميل العقد، في القوانين العربية، وإبراز دور القاضي فيه، فيما إذا كان كان مجرّد تفسير وكشف عن إرادة المتعاقدين، أم أن دوره يتعدّى ذلك إلى اعتباره نظامًا استثنائيًّا يعطي للقاضي دورًا في صُنع العقد، وحماية مصالح المتعاقدين؟

نظرًا لأهميّة موضوع تكميل العقد، جعلنا دراسته من خلال مبحثين: الأول نتطرق فيه إلى مفهومه، بدءًا من تعريفه وتحديد صوره وانتهاءً بتحديد شروطه. أما المبحث الثاني فخصصناه لعملية تكميل العقد من طرف القاضي؛ ذلك أنه هو الذي يقوم بوظيفة تكميل العقد، وعندما يُعرض عليه النزاع يقوم بإضافة بعض البنود المتضمنة للمسائل التفصيلية، وهنا نجد أن القانون حدّد له معايير أو وسائل تعينه في هذه المهمة، وجعل عمله هذا تحت رقابة الحكمة العليا.

المبحث الأول: تكميل العقد: تعزيزه بمسائل تفصيلية

يقوم مفهوم تكميل نطاق العقد على فكرة مقتضاها أن الالتزامات التي أنتجها العقد ليست كاملةً؛ لذا فهي بحاجةٍ إلى سدّ هذا النقص، فهو يمثل العملية التي يحدّد بها القاضي نقطةً أو أكثر من نقاط العقد التي لم يتم التوصل إلى اتفاق بشأنها، مع أن المشكلة الملموسة تجعل من الضروري البت فيها[1]. وسبب النقص مردّه - كما أشرنا- إلى سهو أو جهل المتعاقدين، أو إلى تعمّدهما إرجاء المسائل التفصيلية إلى وقت لاحق. ويظهر

1. V: Adrien Vion, l'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire, Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag), Lausanne, 2019, p73.

تكميل العقد وفقًا لصورتين ينبغي بيانهما (المطلب الأول)، ولكي يقوم القاضي بعملية التكميل هذه لا بد من توافر شروط محدّدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صور تكميل العقد

لقد نظم المشرع الجزائري تكميل العقد وفقا لصورتين: الصورة الأولى تتعلق بتكميل الاتفاق الجزئي طبقًا للمادة 65 من القانون المدني (الفرع الأول)، والصورة الثانية تتعلق بتحديد مستلزمات العقد طبقًا للمادة 107 من القانون المدني( ) (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكميل الاتفاق الجزئي

لا ينعقد العقد إلا إذا أتى القبول مطابقا للإيجاب تمام المطابقة، حيث يكون الموجب له متفقًا كل الاتفاق مع الموجِب في جميع المسائل التي تناولها الإيجاب، وهذا يفهم من مضمون المادة 59 من القانون المدني حيث تنص: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين».

غير أنه لا يفهم مما تقدم أنّه لإبرام العقد ينبغي أن تتطابق الإرادتان بشأن جميع المسائل، الجوهرية والثانوية، بل يكفي أن يحصل التطابق بشأن المسائل الجوهرية فقط، طالما اقتصر الإيجاب على ذلك[1]، وهذا ما تضمنته المادة 65 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أُعْتُبِر العقد منبرمًا وإذا قام خلافٌ حول المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة».

فالقاعدة هي وجوب الاتفاق على جميع مسائل العقد، جوهرية كانت أم تفصيلية. وهذا يعني وجوب تطابق الإيجاب والقبول على جميع العناصر المثارة من المتعاقدين مهما كانت، جوهريةً أم ثانويةً[2]، والاستثناء هو جواز الاتفاق على بعض المسائل، بشرط أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية، وقد تثار مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها، لكن المتعاقدين يؤجلان ذلك إلى ما بعد انعقاد العقد، ولا يشترطان أنّ عدم الاتفاق عليها حينئذٍ يحول دون إبرامه، بل يعتبر العقد مُبرَمًا. ولا غرابة في وجود هذا الاستثناء؛ لأنه غالبًا ما يقتصر الموجِبُ في إيجابه على المسائل الجوهرية فقط تاركًا ما عداها، عمدًا أو إهمالاً، ولا يُتصوّر أن يلتزم الأطراف بتضمين عقودهم جميعَ المسائل التي يمكن أن تُثار بشأن العقد المبرم بينهم؛ لما في ذلك من صعوبات[3] تحول بينهم وبين إبرام العقود.

---

1. سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2012، ص44؛ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص259.

2. نص المشرع السوداني في المادة 41 من قانون المعاملات المدنية صراحة: «لا يتم العقد مالم يتفق الطرفان على كل المسائل التي تفاوضا فيها بشأن هذا العقد، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل، فلا يكفي لإلزام الطرفين. حتى لو أُثبِتَ هذا الاتفاق بالكتابة».

وهو ذات التوجه للمشرع الألماني بمقتضى نص المادة 1/154 من القانون المدني، حيث يجب الاتفاق على جميع المسائل التي تكوّن مضمون العقد، وإلا كان خاليًا من أي قوة ملزمة، بخلاف ما هو معروف في مبادئ القانون الفرنسي.

V: Fabienne KUTSCHER-PUIS, détermination du prix de vente l'expérience allemande, revue internationale de droit comparé, vol. 49 n°1, janvier-mars 1997, p177.

3. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص44.

فقد لا يكون المتعاقدان من العارفين بالقانون، أو بالتفاصيل الدقيقة التي يتطلبها التنفيذ الصحيح للعقد بما يحقق الغاية منه، أو للاستعجال في إبرام العقد؛ فيقتصران على تنظيم المسائل الجوهرية دون المسائل التفصيلية[1].

وعليه، فالاكتفاء بالاتفاق على المسائل الجوهرية لانعقاد العقد دون المسائل التفصيلية يعتبر أمرًا يفرضه الواقع العملي، كما يستفاد ضمنيًا من قيام المشرع بوضع قواعد تفصيليةً لتنظيم بعض العقود، وهي العقود المسماة[2].

الفرع الثاني: إضافة مستلزمات العقد

يقتضي مبدأ سلطان الإرادة أن يقتصر مضمون العقد على الحقوق والالتزامات الواردة فيه فحسب؛ لأن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها، فلا يجوز أن يمتد نطاق العقد ليشمل حقوقًا والتزامات أخرى لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين[3]. غير أن هذه القاعدة يصعب تطبيقها؛ لأنه غالبًا ما توجد التزامات تبعية لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين، ومع ذلك تلزمهما، بسبب ضرورتها لتنفيذ العقد، وبدونها لا يتحقق الغرض من العقد، ومن ناحية ثانية نجد أن العقد في الغالب لا يتضمن تنظيمًا كاملاً يشمل كافة جوانب العلاقة العقدية[4].

ويتمثل سبب عدم تنظيم المتعاقدين لكل مسائل العقد في هذه الصورة أنهما لم يتوقعا بعض المسائل التفصيلية، فتركاها عن غير قصد، أو أن يكونا قد توقّعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون، وقد يرجع سبب ذلك كله إلى استعجالهما في إبرام العقد، أو بسبب عدم درايتهما بأهميتها[5].

ولسد هذا النقص منح المشرع القاضي سلطة تقديرية في تكميل نطاق العقد عن طريق إضافة التزامات يتطلّبها العقد، لم تتناولها الإرادة المشتركة للمتعاقدين[6].

غير أن تكميل نطاق العقد ليس معناه أن يقوم القاضي بتعديل بنود العقد، أو بفرض التزامات على أحد المتعاقدين أو على كليهما لا تمت للقواعد القانونية المقررة قانونًا وعرفًا بصلة، أو تكون مخالفة للبنود الواردة في العقد، حتى وإن كانت هذه البنود مخالفةً لنصوص قانونية، طالما أن هذه النصوص ليست آمرة[7]؛ بل إن القاضي يستند في تكميل نطاق العقد لموجّهات عامة نصت عليها المادة 107 من القانون المدني «... ولا يقتصر-

1. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص35؛ ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص21 هامش 22.
2. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص44.
3. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع والموضع نفسه.
4. راجع: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة، مصر، 1987، ص178.
5. راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، فقرة 405، ص620 الهامش رقم 1؛ خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص36.
6. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002، ص265.
7. هدى عبد الله، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص317؛ وراجع قرار محكمة النقض الفرنسية:
Cass. Civ. 1re, 20 mars1989: D. 1989. 381, note Malaurie; RTD civ. 1989. 756, obs. Jourdain.

العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...»[1].

المطلب الثاني: شروط تكميل العقد

يتم تكميل نطاق العقد وفقا لصورتين: تكميل الاتفاق الجزئي، وتحديد مستلزمات العقد وإضافتها لنطاق العقد. ولكل من هاتين الصورتين شروطًا ينبغي توافرها، والقاضي لا يستطيع أن يقوم بتكميل العقد إلا بتوافر هذه الشروط. والملاحظ بأن هناك شروطًا مشتركةً في الصورتين (الفرع الأول)، وشروطًا خاصة بالاتفاق الجزئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط المشتركة

تشترك صورتا تكميل نطاق العقد في الشرط الذي يتعلق بالعناصر الجوهرية للعقد، وهو ضرورة الاتفاق على كافة هذه العناصر (أولا)، وفي شرط يتعلق بالمسائل التفصيلية يتمثل في الاختلاف حول المسائل التفصيلية بعد إبرام العقد (ثانيا).

أولا: الاتفاق على المسائل الجوهرية

يعتبر تحديد المسائل الجوهرية في العقد أمرًا ضروريًّا ولازمًا لانعقاد العقد[2]، وهو أمرٌ دقيقٌ وصعبٌ في كثير من الأحيان. وفي الواقع نجد أن هذا التحديد يتم وفقًا لمعيارين: أحدهما معيار موضوعي تعتمد فيه ماهية العقد وطبيعته، وهو معيار يجب إعماله، لكنه غير كاف(1)، والآخر شخصي تُعتمَدُ فيه إرادة المتعاقدين لتحديد المسائل الجوهرية (2).

1 ـ المعيار الموضوعي لازم لكنه غير كاف:

يتخذ المعيار الموضوعي من ماهية العقد وطبيعته منطلقًا لتحديد المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، غير أن الفقه قد اختلف في تحديد جوهر المعيار الموضوعي (1.1)، ثم إن إعمال هذا المعيار قد يختلف ما بين العقود المسماة والعقود غير المسماة (2.1).

1.1ـ تحديد جوهر المعيار الموضوعي:

انقسم الفقه في تحديد جوهر المعيار الموضوعي بين اتجاهين[3]:

الاتجاه الأول يركز على العناصر التي تميّز نوع العقد أو فصيلته من بين أنواع أو فصائل العقود المختلفة، فلكل

---

1. يلاحظ أن النص العربي يطابق نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بموجب القانون رقم 2016-131، بتاريخ 10 فبراير 2016. بعد هذا التعديل تحول مضمون المادة 1135 إلى المادة 1194، وأصبح هذا النص مطابقًا للنص الفرنسي- للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيه:

«Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi».

2. إن الاتفاق على المسائل الجوهرية يؤدي إلى تحديد ماهية العقد الذي يقصد إليه المتعاقدان، كما يحدد الأداءات التي يلتزم بها كل من طرفيه تجاه الآخر، وكل ذلك لازم لتصور الارتباط بعقد من العقود. راجع: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص126.

3. راجع: مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص129.

عقد غرض اقتصادي، والالتزامات المحققة لهذا الغرض تعتبر مسائل جوهرية[1]. أما **الاتجاه الثاني** فيركز على الأركان اللازمة لانعقاد العقد، فالمسائل الجوهرية تتمثل في الأركان اللازمة قانونا لانعقاد العقد، وهي التراضي والمحل والسبب، بالإضافة إلى وجوب توافر الأركان المحدّدة لكل عقد من العقود المسماة[2].

غير أن التّمعن في هذا التصور الأخير من شأنه أن يعود بنا في النهاية إلى النتيجة نفسها التي يجسدها التصور الأول، وهي أن المسائل الجوهرية المستمدة من ماهية العقد أو من طبيعته هي في نهاية المطاف المحالّ التي ترد عليها الالتزامات المحققة لهدفه الاقتصادي[3].

2.1ـ إعمال المعيار الموضوعي:

للعقود المسماة قواعد خاصة تبيّن ماهية العقد وطبيعته وأركانه، على خلاف العقود غير المسماة التي تفتقر لذلك، حيث لا تحكمها سوى القواعد العامة؛ لذلك فإن إعمال هذا المعيار فيها قد لا يكون بنفس الكيفية؛ فبالنسبة للعقود المسماة يعتبر تطبيق المعيار الموضوعي أمرًا سهلاً، فهذه العقود قد تحدّدت معالمها الذاتية، بشكل مكّن المشرع من وضع قواعد خاصة لكل عقد منها، تحدّد الالتزامات المميزة لها، هذا إلى جانب ما وضعه من قواعد عامة لكافة العقود، على أن هذه السهولة تتفاوت بين هذه العقود بسبب اشتراك بعضها في بعض المعالم الذاتية[4].

فعقد البيع مثلا من العقود التي تقع على الملكية، وهذا ما جعل الشيء المبيع أول عناصره الجوهرية، وهو في الوقت ذاته من عقود المعاوضة التي يكون العوض فيها نقدًا، وهو ما يجعل الثمن عنصره الجوهري الثاني[5]، والهبة كذلك من العقود الواردة على الملكية، لكن نقل الملكية فيها يكون دون مقابل، بشكل يجعل من المال الموهوب من جهة، ومن نية التبرع من جهة أخرى عنصريه الجوهريين[6]. أما عقد الإيجار فيُعد من العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، وهو في الوقت ذاته من عقود المعاوضة، إذ إن هذا الانتفاع يكون بمقابل لمدة معيّنة، ومن ثم فإن عناصره الجوهرية هي العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار[7].

---

1. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص319؛ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص132؛ الصادق ضريفي، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، 2015، ص81؛ عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008، ص81.

2. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص252؛ خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص17. وقريبا من ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 111، ص219؛ سليمان مرقس، نظرية العقد، ص178.

3. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص132.

4. مصطفى محمد الجمال، المرجع نفسه، ص132.

5. وهو ما أكده القضاء الفرنسي- في العديد من قراراته، كقرار محكمة النقض الصادر في 1979/01/03. ذكره: جاك غستان، تكوين العقد، ص320. راجع أيضا القرارات:

Civ. 3e, 20 déc. 1994: Bull. civ. III, n° 229; JCP 1995. II. 22491, note Larroumet; JCP N 1996. II. 501, note Mainguy; D. 1996. Somm. 9, obs. Tournafond; Civ. 3e, 28 mai 1997: Bull. civ. III, n° 123; D. 1999. Somm. 11, obs. Brun; Civ. 3e, 30 mars 2011: Bull. civ. III, n°55.

6. الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص81. انظر أيضا: Adrien Vion, op. cit. p155.

7. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من قراراته، كقرار محكمة النقض الصادر في1982/02/22 الذي رفض القول بانعقاد الإيجار، ما دام هناك نزاع بين المتعاقدين حول مدة الإيجار ومبلغ الأجرة. راجع: جاك غستان، تكوين العقد، ص321.

أما العقود غير المسماة فوجودها يرتبط في الواقع بتطور الحياة الاقتصادية من جهة، حيث يؤدي تطور حاجات المتعاملين إلى خلق صيغ جديدة لمواجهتها، ويرتبط بمبدأ الحرية التعاقدية من جهة أخرى، حيث يكون للمتعاملين الحرية في صياغة مضمون علاقاتهم بما يلبي حاجاتهم، في حدود النظام العام والآداب العامة، دون التقيد بالقوالب الموضوعة سلفا للعقود المسماة، وهذا ما استدعى وجود قواعد عامة تحكم العقود جميعها[1].

وعليه فإعمال المعيار الموضوعي ليس سهلا بالنسبة للعقود غير المسماة؛ وهذا راجع إلى صعوبة الاستناد إلى وجود عناصر موضوعية عامة ومجردة تحدّد ذاتية أو ماهية كل عقد من هذه العقود، إذْ لا بد هنا من تحليل كل عقد من هذه العقود على حدة من أجل معرفة هدفه الاقتصادي الخاص، وتحديد الالتزامات المحققة لهذا الهدف، كل هذا من خلال ما اتفق عليه طرفا العقد[2].

غير أن مثل هذه العقود المستحدثة كثيرًا ما تتحدّد معالمها، وتتضح عناصرها التي تميزها عن غيرها بمرور الزمن، من خلال الممارسات العملية، وجهد الفقه والقضاء في صقلها، واستنباط وتجميع الأحكام التي تلائمها وتختص بها دون ما يشابهها من عقود، وعندئذ يتيسّر بالتدريج تحديد عناصرها الجوهرية بالاستناد إلى المعيار الموضوعي[3].

2ـ ضرورة اللجوء إلى المعيار الشخصي:

يبدو أن الحاجة إلى المعيار الشخصي تختلف بين العقود المسماة والعقود غير المسماة؛ ففي الأولى يظهر بأن دوره في تحديد المسائل الجوهرية يتضاءل أمام وجود قوالب تشريعية نمطية معدة سلفًا لتقوم بهذا التحديد(1.2). أما في العقود غير المسماة فيبدو أن دوره أساسي؛ لغياب هذا التحديد التشريعي المسبق(2.2).

1.2ـ إعمال المعيار الشخصي في العقود المسماة:

قد يرى أحد المتعاقدين أو كلاهما أن مسألة ما - ثانوية بطبيعتها- جوهرية فيما يتعلق بالعقد الذي يريدان إبرامه، ويجعلان رضاءهما متوقفا عليها، فيكون إبرام العقد معلّقًا على الاتفاق بشأن هذه المسألة[4]. فقد يبدو جوهريًا بالنسبة للبائع أو للمشتري أن يتم التسليم في مكان معين دون غيره، كما قد يظهر لهما الأمر كذلك في تاريخ محدّد وليس قبل ذلك ولا بعده؛ وهنا تتحول مسألة مكان أو زمان التسليم من مسألة ثانوية إلى مسألة جوهرية، يتعين حصول الاتفاق عليها لانعقاد العقد[5].

ويبدو أن الفرق واضح بين المسائل المعتبرة جوهرية إعمالاً للمعيار الموضوعي، وتلك المعتبرة جوهرية بإعمال

=

وجاء في القضاء المصري: «...والمقصود بالجوهرية أركان عقد الإيجار وشروطه الأساسية التي يرمي العاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان يتم العقد بدونها». الطعن رقم 3674 لسنة 66، جلسة 04 فبراير 2009، مجلة المكتب الفني، السنة 60، ص271.

1. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص135.

2. الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص81، الهامش رقم 2.

3. كما حدث بالفعل بالنسبة لبعض العقود، كعقد التأمين مثلا، وعقد الليزينغ "Leasing" ، وعقد الفرانشيز. راجع: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص135.

4. جاك غستان، تكوين العقد، ص323؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص259؛ الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص81-82.

Jean-Baptiste Laydu, droit civil: droit des obligations, Studyrama, 2011, P59.

5. جاك غستان، تكوين العقد، ص323؛ وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها لقاضي الموضوع، بمقتضى سلطته التقديرية، أن يقدّر بأن بعض الشروط التفصيلية التي يعتبرها المتعاقد جوهرية ويعلّق عليها تعاقده.

Ex: Cass. Civ. 3e, 2 mai 1978: D. 1979. 317, note Schmidt-Szalewski; JCP 1980. II. 19465, note Fieschi-Vivet.

المعيار الشخصي، بخصوص العقود المسماة؛ فالأولى تعتبر جوهرية في اعتبار الطرفين لانبثاقها عن خصائص العقد وذاتيته، فلا يتصور انعقاد العقد بدون الاتفاق عليها. أما الثانية فتعتبر جوهرية طبقًا لإرادة الطرفين أو أحدهما ولو لم يعتبرها الطرف الآخر كذلك، فهي في الحقيقة مجرّد شروط تكميلية تؤمّن مصالح معينة لطرف في مواجهة الطرف الآخر في العقد[1].

2.2ـ إعمال المعيار الشخصي في العقود غير المسماة:

إنّ إعمال المعيار الشخصي- لتحديد المسائل الجوهرية في العقد يعتبر أمرًا ضروريًّا في العقود غير المسماة؛ نظرًا لغياب قوالب تشريعية نمطية معدّةٍ سلفًا لتقوم بهذا التحديد كما هو الأمر في العقود المسماة، فينبغي الاعتماد على إرادة الأطراف لتحديد المسائل الجوهرية في كل عقد على حِدة[2].

ففي العقود غير المسماة يتم تحديد الهدف الاقتصادي للعقد المراد تحقيقه عن طريق إرادة الأطراف، ومن ثم تتحدّد الالتزامات المتقابلة المحققة لهذا الهدف، والتي صارت محالّها هي المسائل الجوهرية في العقد، وبهذا يكون الهدف الاقتصادي المحدّد قد استقل بتحديد المسائل الجوهرية، دون تدخل لاحق من إرادة الأطراف، وكل ما يكون لإرادتهم بعد ذلك هو تقرير مدى كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية لانعقاده[3].

فإذا تم تقرير كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية انعقد العقد، وتبقى بقية المسائل لحكم القواعد العامة أو لاتفاق لاحق. أما إذا تم تقرير عدم كفاية الاتفاق على العناصر الجوهرية لانعقاد العقد، فسيكون ذلك من خلال شرط أو تحفظ يبديه أحد الأطراف، ومتى قبله الطرف الآخر اتخذ صورة بند أو شرط يضاف إلى مسائل العقد الجوهرية دون أن يختلط بها، أو أن يفقد صفته التبعية، ويبقى إبرام العقد معلقا على الاتفاق بشأن هذا الشرط[4]. وإذا تفاوض الطرفان بشأن المسائل التفصيلية، لكنهما اختلفا حولها، فإن هذا الاختلاف قرينة على أنهما لم تتجه إرادتاهما إلى تطبيق القواعد العامة في القانون أو العرف...وبالتالي يكون اتفاقهما على المسائل الجوهرية غير كاف لانعقاد العقد[5].

ثانيًا: الاختلاف على المسائل التفصيلية بعد إبرام العقد

إذا توصّل الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق حول المسائل الجوهرية للعقد، وبقيت مسائل تفصيلية، سواء كان ذلك بإغفالها، أو بتأجيل الاتفاق حولها، ثم اختلفا حولها بعد إبرام العقد، فعندها سيلجأ أحدهما إلى القضاء طالبًا تكميل العقد، وحينئذ يتولى القاضي -وفقًا لسلطته التقديرية- تكملة نطاق العقد[6].

ولا يعني الاختلاف البَعدي للمتعاقدين حول المسائل التفصيلية أنّ هذه المسائل قد أصبحت جوهرية، فهي

---

1. يرى بعض الفقه بأن تمسك أحد طرفي الاتفاق بمسألة ما لا يستلزم إضفاء وصف الجوهرية على هذه المسألة بل تبقى ثانوية. راجع: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص139، 141؛ جاك غستان، تكوين العقد، ص323.
2. في هذا المعنى: عبد الحق صافي، المجرع السابق، ص259. انظر في خلاف ذلك: الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص82.
3. مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص142.
4. راجع: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص143.
5. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1954، ص42.
6. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص247؛ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص266.

تبقى تفصيلية، طالما أن الاختلاف وقع بعد انعقاد العقد، إذ لو أنه وقع عند إبرام العقد لأصبحت هذه المسائل جوهرية ولما أُبرم العقد[1]. وقد يكون الاختلاف حولها نتيجة ميل كل طرف لمصلحته، وهنا يعمل القاضي على الموازنة بين هذه المصالح، بما يخدم حقوق الطرفين والعدالة[2].

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالاتفاق الجزئي

إذا توصل الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق حول المسائل الجوهرية للعقد، وأثارا المسائل التفصيلية(أولا)، غير أنهما لم يتفقا حولها وأجلا البت فيها إلى ما بعد قيام العقد(ثانيا)، حينئذ نكون بصدد اتفاق جزئي يسمح بتكميل العقد.

أولا: تأكيد الصفة التفصيلية للمسائل المؤجلة

عندما يتفق الطرفان على المسائل الجوهرية، ويثيران المسائل التفصيلية، ويؤجلان الاتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، لكنهما يشترطان أن لو اختلفا حولها يعتبر العقد ملغيا، فهنا في هذه الحالة تصبح المسائل التفصيلية في منزلة المسائل الجوهرية التي ينبغي الاتفاق عليها وإلا لن ينعقد العقد[3].

أما إذا تبين من اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية أن الخلاف اللاحق كان يدور حول المسائل الثانوية، فهذا لا يحول دون انعقاد العقد، وهذا الذي لا يمنع أيضًا من تمكين القاضي من تكميل العقد[4].

ويبدو أن أهمية النص المنظم للاتفاق الجزئي وتكميل العقد (المادة 65)، تكمن في عدم تعليق انعقاد العقد على حدوث اتفاق بشأن المسائل التفصيلية، طالما لم يرد نص صريح في العقد يفيد ذلك، فمجرد إثارة المسائل التفصيلية، والتحفظ بشأنها، دون اشتراط تعليق انعقاد العقد على الاتفاق عليها، يفترض معه أن الطرفين قد أرادا إبرام العقد بصرف النظر عن الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المسائل[5].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 1979/02/21 بأن التنازل عن حصة في شركة لا يعتبر قد تم، إذا كان البائع قد أشار في بيان أرسله إلى المشتري، إلى ضرورة البت فيما تبقى بخصوص ضمانات الوفاء، إذ إن ذلك يدل على أن هذه المسألة قد أصبحت مسألة جوهرية لا يتم العقد إلا بالاتفاق عليها[6].

ثانيا: تأجيل الاتفاق حول المسائل التفصيلية

عندما يثير المتعاقدان المسائل التفصيلية أثناء إبرام العقد، لكنهما يؤجلان الاتفاق عليها لاحقا، فهنا

---

1. عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد، عمان، الأردن، 2015، ص180.
2. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع نفسه، ص180.
3. ياسر أحمد كامل الصيرفي، المرجع السابق، ص15؛ جاك غستان، تكوين العقد، ص323.
4. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص181.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بأن البيع قد تم بمجرد الاتفاق على الثمن والشيء المبيع، ولا يحول دون ذلك عدم اتفاقها على العناصر الثانوية، إلا إذا اتفقا على تأجيل إبرام العقد إلى حين الاتفاق عليها: Cass. Civ3. 14 janv. 1987. N° 85.16306. Non publié.

5. ياسر أحمد كامل الصيرفي، المرجع السابق، ص16.
6. Cass Civ. 1re, 21 févr. 1979: D. 1979. 400; JCP 1980. II. 19482, note Fieschi-Vivet

وقد أضاف المشرع الفرنسي نصًا في القانون المدني (المادة 1114) في تعديل فبراير 2016 يقضي- بأن الإيجاب الذي يُعرض على الغير يجب أن يحتوي على جميع العناصر الأساسية للعقد، وإلا اعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض.

يعتبر العقد قد أبرم، وتبقى هذه المسائل محل تفاوض بينهما، فإذا تمكنا من الاتفاق عليها، فإنهما يعتبران قد أكملا عقدهما بنفسيهما، عندئذ لا توجد مشكلة في هذا الشأن[1]، لكن المشكلة تثور عندما لا يتمكن المتعاقدان من الاتفاق حول المسائل التفصيلية المؤجلة؛ لأنه عندها سيلجأ أحدهما إلى القضاء طالبًا تكميل العقد، وحينئذ يتولى القاضي وفقا لسلطته التقديرية تكملة هذا العقد[2]. على أن اعتبار اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية قائمًا على قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[3].

وتتعدد أسباب تأجيل البت في المسائل الثانوية إلى فترة لاحقة؛ فمن هذه الأسباب أن المتعاقدين قد ينتظران حتى تتضح الرؤية بخصوص هذه المسائل، أو بما يتفق والظروف المستقبلية الملائمة، أو لحدوث واقعة معينة، أو يكون بسبب ضعف هذه المسائل، وعدم تأثيرها على العقد، أو لأية أسباب أخرى تتنوع بحسب نوع العقد وتفاصيله[4].

وللإشارة فإن تأجيل الأطراف للاتفاق حول المسائل التفصيلية إلى ما بعد إبرام العقد، لا يعني اختلافهما بشأنها في هذا الوقت، إذ لو وقع هذا الخلاف وفي هذا الوقت فلن ينعقد العقد؛ لأن الإيجاب والقبول لم يتطابقا[5]، فالعقد يتطلب لانعقاده اتفاقًا كليًا بين إرادتي المتعاقدين[6].

أما عندما لا يتعرض الطرفان للمسائل التفصيلية، وقد يكون ذلك نتيجة إهمال أو نسيان، بسبب كثرة المسائل محل التفاوض بينهما، فلا ينطبق على هذه الحالة نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري الذي يشترط إثارة المسائل التفصيلية، وإنما يحكمها نص المادة 107 من القانون المدني، حيث يعتمد القاضي القواعد المكملة أو العرف أو العدالة، مراعيا طبيعة المعاملة، لتحديد مستلزمات العقد؛ لأن نية الطرفين قد اتجهت إلى تطبيق هذه القواعد[7].

وعليه يجب أن يثير الطرفان المسائل التفصيلية أثناء المفاوضات دون الاتفاق عليها، ويؤجّلا ذلك إلى وقت لاحق، وتؤكد هذا الشرط المادة 65 من القانون المدني، حيث نصّت: «... واحتفظَا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد...». ومثال ذلك: أن يتفق الطرفان في عقد البيع على الشيء المبيع والثمن، ويؤجّلا الاتفاق حول مكان التسليم وميعاده ونفقاته، أو يتفق المؤجر مع المستأجر على العين المؤجرة وبدل الإيجار ومدة الإيجار، ويؤجلا الاتفاق على تحديد من يتحمل أجرة البواب ومصاريف الهاتف، ومصاريف المياه والكهرباء[8].

---

1. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص36.
2. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص247.
3. الدوائر المدنية، الطعن رقم 7101 لسنة 81 قضائية، جلسة 17 ديسمبر 2018. منشور على الموقع:
تاريخ الزيارة 2020/11/09 https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111388770&&ja=255344
4. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص178.
5. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع نفسه، ص176.
6. فالقبول يجب أن يكون مطابقًا تمامًا للإيجاب، دون زيادة أو نقصان، أو تغيير أو تعديل، ولو كان ذا أهمية ضئيلة جدا، راجع: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2013، ص128؛ ياسر أحمد كامل الصيرفي، المرجع السابق، ص10.
7. راجع في هذا الموقف: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص36؛ ياسر أحمد كامل الصيرفي، المرجع السابق، ص16؛ مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2004، الجزء الثاني، ص460.
8. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص246؛ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص269؛ سمير شيهاني، الوجيز في عقد الإيجار المدني: فقهًا وتشريعًا وقضاءً، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص185.

المبحث الثاني: قيام القاضي بتكميل العقد

الأصل أن المتعاقدين هما اللذان ينظّمان عقدهما؛ لأن إرادتهما المشتركة هي أساس العقد، ولذلك فإن للمتعاقدين الحق في تكميل ما نقص من العقد في أي مرحلة من مراحله[1]، لكن إذا عجز المتعاقدان عن تكميل عقدهما ولجأ أحدهما أو كليهما إلى القاضي، حينئذ يتدخل القاضي ويمارس سلطته التي منحه إياها المشرع لتكميل العقد. وقد عرفت طبيعة هذا العمل الذي يقوم به القاضي جدلًا فقهيًّا (المطلب الأول)، كما أن سلطته هذه مقيدة بوجوب اللجوء إلى وسائل محدّدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة عمل القاضي في تكميل العقد

اختلف الفقه حول طبيعة تكميل العقد، ففريق منهم يرى بأنه ذو طبيعة ذاتية، فالالتزامات التي يضيفها القاضي تكملة للعقد هي امتداد لإرادة المتعاقدين، يكشف عنها القاضي بالوسائل المقررة قانونًا (الفرع الأول)، وفريق آخر يرى بأنه ذو طبيعة موضوعية، فالالتزامات التي يضيفها القاضي لا صلة لها بإرادة المتعاقدين، فهي تنبع من معايير موضوعية أحال المشرع القاضي إليها لتكميل العقد (الفرع ثاني).

الفرع الأول: تكميل العقد تفسيرٌ لإرادة المتعاقدين

يرى جانب من الفقه الفرنسي- بأنه في تكميل العقد ينبغي الرجوع إلى إرادة المتعاقدين؛ لأنها هي الأساس في تكوين العقد، وتكميل العقد ما هو إلا تفسير لهذه الإرادة[2]، إلا أن هؤلاء قد اختلفوا في طبيعة هذه الإرادة، بين قائل بالإرادة المفترضة (أولا)، وقائل بالإرادة الحقيقية (ثانيا)، وقائل بالإرادة الضمنية (ثالثا).

أولا: تكميل العقد تعبير عن الإرادة المفترضة

هناك جانب من الفقه يرى بأن القاضي عند تكميل العقد يحل محل المتعاقدين في صنع العقد. ولأن الأحكام المكملة تعبّر تارة عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، وتارة أخرى عن إرادة افترضها المشرع لهما؛ فقد قسم هذا الرأي المسائل المراد تنظيمها إلى ثلاثة أنواع[3]:

- المسائل التي لم يتوقعها الطرفان: ففي شأنها جعل المشرع هذه الأحكام تكميليةً تحدّد نطاق العقد، وفي هذه الحالة يكمل القاضي العقد بإرادة مفترضة للمتعاقدين من المشرع.

---

1. يقول Adrien Vion بأن المقاربة الغالبة فقهًا وقضاءً تقضي باتفاق طرفي العقد - على الأقل- على جميع العناصر الموضوعية الأساسية، وعلى كل العناصر الذاتية الأساسية، وإلا اعتبر العقد غير موجود. على أن الاتفاق على جميع العناصر الموضوعية الأساسية يشمل كامل العقد، كما أن العناصر الموضوعية الثانوية هي التي يمكن أن تصبح عناصر ذاتية أساسية. ووفق هذه المقاربة لا يمكن للقاضي أن يكمل العقد لا بالنظر إلى العناصر الموضوعية ولا بالنظر إلى العناصر الذاتية الأساسية؛ لأنه من الضروري الاتفاق على جميع هذه العناصر، وغياب هذا الاتفاق يجعل من العقد غير موجود.

V: Adrien Vion, op. cit. p.p206-207.

2. راجع: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص41.

Mazeaud (H), (L), (J) et François (Ch), Leçon de Droit Civil, T2, V1, Les obligations, DELTA, 9e éd, 2000, p331.

في هذا نجد الأستاذ YUNG Walter يقول: ينبغي أن يستند القاضي في تدخله على العقد نفسه، مع احترامه للجانب الاقتصادي، وروح العقد، واحترام المبادئ التي وضعها الطرفان. راجع في ذلك: V: Adrien Vion, op. cit. p.p73-74 وفي نفس المعنى:

Brunelle Fessard, Les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse de doctorat, Université Montpellier, France, 2015, pp37-38; Stefan Grundmann & Denis Mazeaud, General Clauses and Standards in european contract law. Comparative Law, EC law and contract law codification, Kluwer law international, 2006, p37-39

3. راجع: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص42.

- المسائل التي توقعها الطرفان وتركا تنظيمها للأحكام المكملة: وفي شأنها جعل المشرع هذه الأحكام أحكامًا تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين، وفي هذه الحالة يكشف القاضي عن الإرادة الحقيقية للطرفين[1].
- المسائل التفصيلية التي توقعها الطرفان وأجلا الاتفاق حولها إلى ما بعد إبرام العقد: وهنا منح المشرع القاضي سلطة الحلول محل المتعاقدين في تنظيم هذه المسائل[2].

إلا أن هذا الرأي منتقد؛ لأنه جعل من موقف المتعاقدين من المسائل معيارًا لتحديد طبيعة عمل القاضي، ما إذا كان تفسيرًا لإرادتهما أم هو تكميل للعقد، والواقع أن هذا التمييز لا فائدة منه، فمهما كانت الحالة سوف يعتمد القاضي المعايير نفسها لتحيد المسائل التفصيلية، وأن المشرع أوجب على القاضي تكميل التعبير عن الإرادة الذي توقف عند نقطة معينة، ولا يهمه سبب التوقف[3]. كما أن معيار توقّع المسائل هو معيار ذاتي يخص المتعاقدين، ولا يصلح للتمييز بين القواعد المكملة والمفسرة، فالذي يصلح لذلك هو اعتماد مضمون القاعدة نفسها، وليس معيارًا خارجًا عنها.

وطبقا لهذا الرأي هناك نوعان من التكميل: تكميل يتم بإرادة المتعاقدين المفترضة من طرف المشرع، وتكميل يتم بإرادة المشرع ذاتها أو بإرادة القاضي، في حين أن الطريقة التي يسلكها القاضي واحدة، والنتيجة التي يتوصل إليها واحدة في الحالتين، وهي معالجة المسألة المتروكة في العقد وفق معايير محدّدة، وهذا يؤكد أن الحالتين من طبيعة واحدة[4].

وقد أُنتُقِد هذا الرأي من حيث إن الواقع يبيّن أنّ المتعاقدين لم يفكّرا أصلا في هذه المسائل ولم تخطر ببالهما، فكيف يقال بأنهما أراداها ضمنيا[5]؟. أضف إلى ذلك أن العامل المشترك بين الحالات الثلاث السابقة هو أن إرادة الطرفين تُجاه المسألة المتروكة هي إرادة غير معبر عنها، فهي لا تعدو أن تكون إرادة مضمرة، والإرادة الحقيقية هي الإرادة المعبر عنها، أما الإرادة غير المعبر عنها فهي وإن كانت موجودة فإنها إرادة مضمرة لا يعتد بها القانون[6]. وهذا الذي جعل البعض يحاول البحث عن تعبير مادي عن هذه الإرادة، لإثبات أن تكميل العقد ما هو إلا تعبير عن إرادة المتعاقدين، وهذا ما سنراه في الرأيين اللاحقين.

ثانيا: تكميل العقد تعبير عن الإرادة الحقيقية

هناك جانب من الفقه يرى بأن القاضي عند تكميل العقد إنما يكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فالأحكام المكملة للعقد تمثل هذه الإرادة الحقيقية مُعَبَّرٌ عنها من قبلها[7]. ويرى البعض من هؤلاء أن التعبير عن هذه الإرادة الحقيقية يكمن في سكوت المتعاقدين، وقد قبلا بذلك بمضمون هذه الأحكام التكميلية. ولأن

1. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 405، ص620.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، فقرة 405، ص620، هامش رقم 1.
3. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص43.
4. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص44.
5. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي: النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1971، ص110.
6. في المعنى: حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م، ص280.
7. راجع: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص45.

التطابق مفترض بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، حتى يثبت العكس، والإرادة الظاهرة في هذه الحالة محلها الأخذ بأحكام النصوص القانونية المكملة؛ فقد عبر المتعاقدان عن هذه الإرادة بسكوتهما عن النص عما يخالفها[1].

غير أن السكوت إنما هو طريقة استثنائية في التعبير عن الإرادة، يسلكها المتعاقد ليعبر عن قبوله (إرادة فردية) ضمن حالات محدّدة، ليس من بينها هذه الحالة.

ويرى البعض الآخر أن التعبير عن هذه الإرادة الحقيقية يكمن في الظروف الخارجية المصاحبة للتعبير الرئيسي- عن إرادتهما، فهذه الظروف تمثل تعبيرات ثانوية يجب أن تضاف إلى التعبير الرئيسي-، ليتم تحصيل المضمون الكامل لإرادة المتعاقدين، وهي تقابل ذلك الجزء من الإرادة الباطنة المشتركة لهما والتي لم يظهرها التعبير الرئيسي، وبذلك عندما يلجأ القاضي إلى الظروف الخارجية لتحديد للمسائل الثانوية يكون قد قام باستخلاص إرادتهما الباطنة (الحقيقية)[2].

إلا أن هذا الرأي منتقد بدوره؛ لأنه يشترط في الظرف الخارجي بوصفه تعبيرًا ثانويًّا، أن يكون من نفس طبيعة التعبير الرئيسي، وأن يكون معدًّا من طرف المتعاقدين معًا، بأن يتم الرضا به منهما معًا، لأنه يمثل الإرادة المشتركة[3].

هذان الشرطان لا يتوفران في الأحكام المكملة، فعند عدم توقع الطرفين للمسألة التفصيلية، فهما لا يفكران في حلها، كي يعلموا حكم القانون فيها، ويرضيان به، أما عندما يتوقعانها، ويتركانها لحكم القانون، فإنهما قد لا يعلمان به، أو قد يفهمانه معا أو يفهمه أحدهما على غير ما أراده المشرع[4].

ثالثا: تكميل العقد تعبير عن الإرادة الضمنية

هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن تكميل العقد إنما يستند إلى الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين[5]. فالإرادة الباطنة (الحقيقية) قد يتم التعبير عنها بشكل مباشر فنكون بصدد إرادة صريحة، وقد يتم التعبير عنها بشكل غير مباشر فنكون بصدد إرادة ضمنية. أما إذا سكت المتعاقدان عن تنظيم مسألة ما، فإن هذا السكوت يثير غموضًا يحتاج إلى تفسير بالبحث عمّا تهدف إليه إرادتهما الضمنية، وهذه الأخيرة لا تبدأ من فراغ، بل من مظاهر مادية تكشف عنها[6]. فالأصل أن اهتمام المتعاقدين يقتصر- على المسائل الجوهرية، فينظمانها دون المسائل التفصيلية، فتتجه إرادتهما الضمنية إلى ترك تنظيمها إلى القانون أو العرف أو العدالة، ويأتي دور القاضي لتحديدها بناء على هذه المصادر[7].

إلا أن هذا الرأي منتقد بدوره أيضا، فهو يرى بأن سكوت الطرفين بصدد المسألة المتروكة يعتبر سكوتا

---

1. حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص280.

Brunelle Fessard, op. cit, p39.

2. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص76.
3. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص47.
4. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص80.
5. Emmanuel Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Paris, 1912, p171.

أشار إليه: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص48.

6. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع نفسه، ص49.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 405، ص619-620.

ملابسا، وهو يمثل تعبيرا ضمنيا لهما مضمونه اتجاه إرادتهما إلى الأخذ بالأحكام المكملة، وعليه يقع أصحاب هذا الرأي في التناقض مع المنطق الذي ساروا عليه، إذ اعتبروا أن القوانين المكملة لا يمكن استبعادها إلا بواسطة شرط صريح، فالإرادة الضمنية للمتعاقدين المستخلصة من التعبير الرئيسي- لا تقوى على استبعاد الأحكام المكملة[1]، ولو أخذنا بذلك لتركنا الخيار للقاضي في تطبيق القانون أو عدم تطبيقه، وهو أمر يتعارض مع الحكمة التي وضعت من أجلها هذه القواعد[2].

الفرع الثاني: تكميل العقد ذو طبيعة موضوعية

يرى جانب من الفقه أن تكميل نطاق العقد عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة عن إرادة المتعاقدين[3]، فالقاضي لا يبحث فيما يحتمل أن يريده المتعاقدان، لو أنهما واجها المسألة محل الخلاف، ولا يسعى لتحديد إرادتهما المفترضة، وإنما يسعى لتحديد ما يمكن أن يستنتج من العقد من الناحية الموضوعية[4]. فالمسائل الثانوية تفرض على المتعاقدين بطريقة موضوعية تمامًا دون أن يتمكنوا من إلغائها أو تعديلها أو حتى التخفيف منها[5].

وتعد القواعد المكملة والأحكام التي تتضمنها تعبيرًا مباشرًا عن إرادة المشرع ولا شأن لإرادة المتعاقدين بها، كما أن القاضي يلجأ إلى تطبيق هذه القواعد، عندما لا يوجد تعبير صادر عن المتعاقدين بصدد المسألة المختلف عليها بينهما، ومن هنا كان سبب تكميل العقد هو النقص في تنظيمه من طرف المتعاقدين، والهدف من التكميل هو سد هذا النقص بواسطة ما تتضمنه هذه القواعد الموضوعية من أحكام، دون أن يضطر القاضي في ذلك إلى البحث عن إرادة المتعاقدين بصدد المسألة الناقصة، لذلك كان تكميل العقد ثمرة إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين[6].

فأصحاب الرأي الأول لا يفرقون بين تفسير العقد وتكميل نطاقه، بالرغم من كون التفسير يستند إلى الإرادة، فالقاضي يحاول إزالة الغموض الوارد في عبارات العقد مستندا في ذلك إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أما في تكميل العقد فلا يستند فيه القاضي إلى إرادة المتعاقدين، سواء كانت المشتركة كونها غائبة، أم المفترضة بسبب تعارض مصالحهما[7]، وإنما يستند إلى معايير موضوعية لتكميل النقص الذي يعتري العقد[8].

وإنّ ما يستند إليه أصحاب الرأي الأول أيضًا من أنّ الأحكام القانونية المكملة تمثل ظرفًا خارجيًا يستعين به

---

1. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص49.

2. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع نفسه، ص49.

3. جاك غستان وآخرون، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر- والتوزيع، بيروت، 2008، ص80؛ عبد الرحمن عياد، المرجع السابق، ص110-111؛ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص566؛ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009، ص418-419.

4. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص77؛ جاك غستان، مفاعيل العقد، ص80. وقد جاء قرار لمحكمة التمييز الأردنية ملف رقم 87/964، مجلة نقابة المحامين، 1990، ص1008؛ أنه وإن كان تفسير العقد يرتكز على إرادة المتعاقدين، وقصدهما المشترك، إلا أن تكميل العقد يستند على أسس موضوعية، وهي طبيعة الالتزامات والقانون والعرف والعدالة، أشار إليه: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص247.

5 .V: Brunelle Fessard, op. cit, p36.

6. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص54؛ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص566.

7. ولا يمكن كذلك أن تكون التكملة ضد العقد. راجع: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص418.

8. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص80.

القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قول غير صحيح؛ لكونهم يشترطون أن يكون هذا الظرف معدًّا من المتعاقدين معا ليفصح عن إرادتهما المشتركة، أي أنهما قد وافقا عليه معا حتى يعتبر مكملا لتعبيرهما الرئيسي، وهذا قد لا يتحقق، لأنه إذا كانت المسألة المتروكة من طرف المتعاقدين غير متوقعة منهما، فإنهما لم يفكرا في حلها، حتى يفترض علمهما بحكم القانون فيها، وقبولهما بهذا الحكم، حتى ولو فرض بأنهما قد توقعا المسألة وتركا حكمها للقانون فإنهما قد لا يعلمان بحقيقة هذا الحكم، أو قد يفهم أحدهما أو كلاهما هذا الحكم على نحو مخالف لما أراده المشرع[1].

وبالرغم من أن العقد لا يكون ملزمًا إلا إذا تم بإرادة حرة وسليمة، وأن على القاضي احترام القوة الملزمة للعقد، بعدم تعديل الالتزامات الناشئة عنه، ولا تغليب مفاهيمه الشخصية بحجة تحقيق مصالح المتعاقدين، وبالرغم من مساواة المتعاقدين أثناء إبرام العقد؛ فإن آليات تنفيذ هذا العقد سيمليها المتعاقد القوي اقتصاديًّا ومعرفيًّا، وهذا سيحدث خللاً في التوازن بين المتعاقدين، ولن يُفيد الاستناد لإرادة المتعاقدين المشتركة ولو كانت ظاهرة في معالجة هذا الخلل، مما يجعل من تدخل القاضي أمرًا لازمًا لأجل إعادة الثقة بالقانون عن طريق إقامة نوع من التوازن بين الالتزامات وفقًا للعدالة، وذلك بتحديد التزامات المتعاقدين، وإثراء مضمون العقد بإضافة التزامات تحقق هذه الغاية[2].

غير أن هناك من الفقه من ذهب أبعد من ذلك، حيث جعل للقاضي القدرة على إنشاء التزام جديد، لكنه فرق بين حالتين: الأولى أين يكون لدينا التزام قضائي ناشئ عن الحكم الفردي، والثانية أين يكون لدينا التزام قضائي ناشئ عن القضاء أي عند تكرار الأحكام الفردية بحيث يصبح التزاما قانونيا يمكن مقارنته بالالتزام الناشئ مباشرة عن التشريع، مع الإشارة إلى أن هذا الالتزام في الحالتين لا يمكن أن يحل محل الالتزامات التعاقدية بل يضاف إليها بصفة تبعية. وأبرز مثال على ذلك التزام الناقل بالسلامة[3].

المطلب الثاني: وسائل تكميل العقد

يتولى القاضي عملية تكميل العقد، بإضافة التزامات جديدة استنادا إلى المعايير الموضوعية المقررة قانونا (الفرع الأول)، والقاضي يقوم بسد هذا النقص نزولا على حكم المشرع وليس على إرادة المتعاقدين، لذلك فإن حكمه في هذا الصدد متعلقا بالقانون، وبالتالي فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا، لكن السؤال يطرح حول نطاق هذه الرقابة (الفرع الثاني).

أولا: الوسائل المقررة قانونا

لقد وضع المشرع في المادتين 65 و107 من القانون المدني معايير موضوعية، وهي نفسها في المادتين، مما يؤكد بأن النصين من طبيعة واحدة، وأن تكميل العقد هو نفسه في النصين[4]، هذه المعايير أو الوسائل

1. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع والموضع نفسه.
2. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص78.
3. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص419-420.
4. الظاهر أن الاختلاف بين الحالتين يتمثل في سبب نقصان العقد الموجب للإكمال، ففي النص الأول هو بسبب تأجيل الاتفاق على المسائل التفصيلية بعد إثارتها، وفي النص الثاني هو بسبب إغفالها أو عدم توقعها، راجع: خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص140.

تتمثل في القانون (1)، والعرف (2)، والعدالة (3)، كل ذلك بحسب طبيعة المعاملة (4).

1ـ القاعدة القانونية المكملة:

جعلت المادتان 65 و107 سالفتي الذكر من القانون معيارا لتكميل العقد، وقد جاء المصطلحان الواردان في المادتين "أحكام القانون" و"وفقا للقانون" في صيغة عامة، مما قد يفهم منه أن المقصود هو القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء؛ فقد وضع المشرع بصدد تنظيمه للعقود القواعد المكملة، حيث تطبق عندما يترك المتعاقدان تنظيم بعض المسائل التي تنظمها هذه القواعد؛ لذلك سميت بالقواعد المكملة، فبواسطتها يسعى المشرع إلى تحقيق فاعلية العقد، حيث يكمل اتفاق المتعاقدين كلما كان ذلك جائزًا وضروريًّا، ويسعى أيضًا إلى حماية المتعاقدين بعضهم في مواجهة البعض، خاصة عند عدم تبصرهم بالمسائل القانونية وعدم درايتهم بها[1].

ويرى الأستاذ Philippe Jacques أن القوانين المقصودة هنا هي تلك التي تشير إلى إمكانية إثراء مضمون الاتفاق الإرادي عن طريق الالتزامات التي لم يتفق عليها الأطراف، باعتبار أن هذه الالتزامات تكون بقوة القانون[2].

وبالنسبة للعقود المسماة تعتبر القواعد المكملة المرجع الأول والرئيسي لاستكمال العقد الذي أغفل بعض التفاصيل، ويكون دورها في هذا الإطار دورا تكميليا لإرادة المتعاقدين[3]. ومثال ذلك: أن يبرم المتعاقدان عقد بيع، فيعينان المبيع والثمن، ويغفلان عن بعض التفصيلات كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه، وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية، وغيرها، كل هذه التفصيلات بيَّن القانون أحكامها في النصوص المنظمة لعقد البيع[4].

2ـ القاعدة العرفية:

جعلت المادتان 65 و107 سالفتي الذكر من العرف معيارًا لتكميل العقد، فعندما لا توجد قاعدة قانونية تبين الآثار القانونية التي تترتب عن العقد، فإنه يحصل تحديد هذه الآثار وفقا للعرف[5].

وينبغي تحديد مفهوم العرف الذي يستند إليه القاضي في تكميل العقد، إذ هو القواعد الملزمة من العرف؛ لأن العرف يتضمن عادات وسلوكيات التاس، فمنها ما هو ملزم يعتقد الناس بإلزاميته، ومنها ما هو ليس كذلك، والعرف الملزم يختلف عن العرف غير الملزم من حيث إن الأول يعدّ مصدرًا لتكميل العقد، إذْ يرجع إليه القاضي عند عدم وجود

---

1. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص567.

2 .V: Brunelle Fessard, op. cit, p39.

3. علي فيلالي، المرجع السابق، ص389.

4. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 405، ص620.

5. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص570.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1160 من القانون المدني قبل إلغائها على أنه: يجب تكملة العقد بالشروط التي يقتضيها العرف ولو لم يكن منصوصًا عليها فيه.

«On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées».

أما إذا كان العرف مخالفا لقاعدة قانونية آمرة فإنه ينبغي استبعاده وعدم تطبيقه.

C. com., 18 mars 1997, n° 94-22216. Non publié; C. com. 10 janv. 1995, n° 91-21141. Bull. 1995. IV. N° 8, p7.

يتعلق القراران بعرف نشأ في Lombardie في العصور الوسطى، والمطبق من قبل البنوك فيما يتعلق باحتساب الفوائد خلال 360 يومًا في السنة وليس 365 يومًا. وقد تم استبعاده بسبب وجود نص قانوني آمر – من النظام العام- هو نص المادة 1 من المرسوم رقم 85-944 المؤرخ في 4 سبتمبر 1985، المتلعق بحساب المعدل الإجمالي الفعلي.

نص ينظّم بعض المسائل التي يتعلق بها هذا العرف، بينما الثاني يعتمد كوسيلة لتفسير العقد، حيث يرجع إليه القاضي عند غموض العبارة التي استعملها المتعاقدان. على أنه يلحق بالعرف المكمل الشروط المألوفة، فيكمل القاضي العقد بما هو مألوف من الشروط في مثل هذا العقد وإن لم يتم إدراجها فيه[1]، ومثال ذلك: النسب المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي مضافة إلى حساب العميل على الخدمة المقدمة له[2].

ومثال العرف تخفيض الثمن عوض الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، وتخفيض الثمن عند تسليم بضاعة من صنف أقل جودة من الصنف المتفق عليه، وجواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه فيما كُلِّف ببيعه أو شرائه من سلع أو أوراق مالية[3]. والعرف القاضي بحصول صاحب المشروع على نصف المحصول في حالة زراعة الأرض بواسطة فيضان[4].

3ـ قواعد العدالة:

قد لا تكفي القواعد القانونية المكملة وكذلك العرف لتحديد نطاق العقد، فيلجأ القاضي إلى قواعد العدالة طبقا للمادتين 65 و107 من القانون المدني.

ويقصد بالعدالة هنا «الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالقضاء وفق قواعد العدل والإنصاف يعني الفصل في أمر معين طبقا لما يقتضيه الضمير، والمنطق وطبيعة الأشياء، وتكون هذه الأحكام مستمدة من القانون الطبيعي وليس من القانون الوضعي»[5]. على أنه إذا كانت العدالة هنا ترتكز على الجانب الشخصي، فإن الجانب الموضوعي يتعايش معه؛ فيكون تطبيق الجانب الشخصي ـ على قضية بعينها، وبالتالي لا يهدف إلى تطوير قاعدة جديدة، بينما الطابع الموضوعي للعدالة يجعلها قاعدة عامة[6]. فجوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه، فهي وسيلة لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة، والمحافظة على النظام اللازم في بقاء المجتمع وتقدمه، فوجود النظام متوقف على وجود العدالة[7].

ومن الأمثلة على تطبيق القاضي لقواعد العدالة في تكميل نطاق العقد، ما قرره القضاء الفرنسي ـ من التزامات، كالالتزام بالسلامة على عاتق الناقل لصالح المسافر[8]، والالتزام بالإعلام والإخطار، والالتزام بالنصح،

---

1. منصور حاتم حسن، فكرة تصحيح العقد: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، 2006، ص72.

2. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص258. غير أنه قد لا يؤخذ بالشروط المألوفة في بعض الحالات، ويُغلّب طرف على آخر، ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنّه رغم أن الشركة المصنّعة صنعت الأنابيب المطلوبة ضمن مستويات التفاوت التي حددتها المعايير الأمريكية والأوربية، إلا أن ذلك لا يتوافق مع المعمول به في الإطار العسكري، وتم ترجيح الجانب العسكري في ظل سكوت المتعاقدين فيما يتعلق بالتسامح في قُطر الأنابيب.
C. com., 7 févr. 2012, n° 10-27716. Non publié.

3. علي فيلالي، المرجع السابق، ص390.

4. حمد محمد أحمد الزين، شروط العقد الصريحة والضمنية في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م (دراسة مقارنة بالقانون الإنجليزي)، مجلة جامعة شندي، السودان، العدد16، يوليو 2016، ص201-202.

5. علي فيلالي، المرجع السابق، ص391.

6 .V: Brunelle Fessard, op. cit, p46.

7. سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص95.

8 . Cass. Civ. 21 nov. 1911: GAJC, 11e éd., n° 262; DP 1913. 1. 249 (1re esp.), note Sarrut.

والالتزام بعدم المنافسة على عاتق الوكيل المرتبط بالموكل بوكالة مصلحة مشتركة مثلا[1]، والالتزام بعدم إفشاء الأسرار الصناعية للمصنع على عاتق العامل الذي كان يعمل به[2].

4ـ مراعاة طبيعة المعاملة:

لم يبيّن المشرع المقصود من طبيعة المعاملة التي يسترشد بها القاضي لتحديد المسائل التفصيلية المتنازع عليها من طرف المتعاقدين، وعند الرجوع إلى الفقه نجد من بيَّن بأن المقصود منها في هذا الصدد هو الاعتماد على طبيعة العقد وما يرتبه من التزامات يتضمنها العقد صراحة، أو تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها ضمنا، والهدف الذي يسعى العقد إلى تحقيقه، ولو لم يرد ذكره في مضمونه[3]. فالطبيعة هنا تقتضي النظر إلى الشيء وأداء الالتزام بما يتفق مع إمكانية تنفيذه بالطريقة الأنسب، والتي تختلف من محل إلى آخر، بحيث لا تؤدي إلى إلحاق الضرر فيه، وبما يراعي بقاء المصلحة والفائدة من غير نقصان، وبقدر الإمكان[4].

ومن الأمثلة على الالتزامات التي تفرضها طبيعة المعاملة الالتزام بالتبصير، وذلك في العقود التي يكون أحد طرفيها فنّيًا متخصّصًا، حيث تفرض طبيعة العقد قيام هذا المتعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالمخاطر التي قد يتعرض لها الطرف الآخر، أو كيفية استعمال هذا الشيء محل التعاقد، وتقديم ما يحتاجه من نصيحة أو مشورة[5]. وأن يكون الشيء محل التعاقد صالحًا للغرض الذي تم التعاقد لأجله[6].

وتجدر الإشارة إلى أن طبيعة المعاملة تمثل موجّهًا يسيرُ على هديه القاضي للوصول إلى البنود المستكملة التي تتفق وهدف المشرع، وأنها لا تصلح أن تكون وسيلة مستقلة لتكميل العقد، وإنما يكمل القاضي العقد بإحدى الوسائل الأخرى: القانون أو العرف أو العدالة، مسترشدا بطبيعة المعاملة[7].

وما نلاحظه من خلال صياغة المادة 107 من القانون المدني أنها سايرت هذا السياق، وذلك على خلاف المادة 65 من القانون المدني التي جعلت الوسائل كلها على قدم المساواة، بما فيها طبيعة المعاملة، وكان من الأجدر أن يكون التشابه بين النصين، بجعل طبيعة المعاملة تكون لها الهيمنة على الوسائل الأخرى، وأن تصبح الموجه الرئيسي الذي تنضوي تحته الموجّهات الأخرى[8].

ومن خلال النصين السالفين نلاحظ أيضًا أن هناك رابطًا بين المسائل التفصيلية أو مستلزمات العقد وبين طبيعة الالتزام؛ فالقاضي حينما يقوم بتكميل العقد مستندًا للقانون أو العرف أو العدالة وجب أن يظل في دائرة

---

1 . كالقرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 1993/03/16. أشار إليه جاك غستان وآخرون، مفاعيل العقد، ص76.

2 . جاك غستان وآخرون، مفاعيل العقد، ص76؛ آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات (الالتزامات)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2004، ص211 وما بعدها، رقم280 وما بعده.

3. خاد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص81.

4. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص98.

5. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع نفسه، ص103.

6. قرر القضاء الإنجليزي في قضية صنع فيها طبيبٌ أسنانا لامرأة بأن هناك شرطًا ضمنيًا بأن تكون الأسنان صالحة للغرض الذي تعاقد المدعى عليه من أجله. ذكره: حمد محمد أحمد الزين، المرجع نفسه، ص200-201.

7. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص106.

8. في نفس الاتجاه: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الفقرة 404، ص619.

طبيعة الالتزام، ولا يخرج عنها، وإلا كان حكمه عرضةً للنقض[1].

ثانيا: الرقابة على تكميل القاضي للعقد

عندما يقوم القاضي بتكميل مضمون العقد، فإنه لا يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فالتكميل يفترض نقصًا في تنظيم العقد نتيجة توقف الإرادة عند نقطة معينة، والقاضي يقوم بسد هذا النقص نزولا على حكم المشرع وليس على إرادة المتعاقدين؛ لذلك كان حكم القاضي محقِّقًا لإرادة المشرع لا لإرادة المتعاقدين، ومن ثم كان حكمه في هذا الصدد متعلقا بالقانون، وبالتالي فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا[2].

بيد أن السؤال يبقى متعلّقًا بمدى هذه الرقابة: هل يجب على القاضي مراعاة الترتيب الوارد في النص القانوني في استعماله للوسائل، بالإضافة إلى أوجه الطعن المتعلقة بتكميل العقد، وهل الرقابة تشمل تطبيق القاضي للوسائل جميعها بما فيها العدالة؟

1ـ التزام القاضي بترتيب وسائل التكميل:

نصت كل من المادة 65 و 107 على وسائل تكميل العقد بالترتيب نفسه، القانون والعرف والعدالة، فهل يلتزم القاضي بهذا الترتيب أم أنه يعمل بهذه الوسائل مجتمعة؟

لقد كان هذا محل خلاف فقهي بين رأيين: الرأي الأول يقول بعدم تقيّد القاضي بالترتيب الوارد في النص القانون، ويجوز له الرجوع إلى الوسائل الثلاثة النص القانوني والعرف والعدالة في نفس الوقت؛ بحجة أن القاضي هو بصدد تحديد مستلزمات العقد التي قد تكون موزعة على العناصر الثلاثة، وأن تعدّد المستلزمات لا يعني تعارضها[3]. أما الرأي الثاني[4] فيقول بوجوب تقيّد القاضي بالترتيب الوارد في النص، حيث لا يجوز له الرجوع إلى العرف بوجود نص قانوني مكمّل، ولا الرجوع إلى قواعد العدالة بوجود قاعدة قانونية أو عرفية. ونعتقد أن هذا الرأي ينسجم مع نص المادة الأولى من القانون المدني الذي يلزم القاضي بمراعاة الترتيب في حل النزاعات المعروضة عليه، النص التشريعي، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم القاعدة العرفية، ثم قواعد العدالة والقانون الطبيعي. وعليه، فالمحكمة العليا تراقب القاضي في احترامه لهذا الترتيب، انطلاقا من الترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني.

2ـ تكميل نطاق العقد من مسائل القانون:

إن رقابة المحكمة العليا في نطاق تكميل العقد تشتمل على مسائل القانون[5]، والتي تتضمن تطبيق النص القانوني المتعلق بشروط تكميل العقد، واستعمال وسائل التكميل والرجوع إليها[6]، وتمارسها عن طريق

---

1 . Com. 9 janv. 1990: Bull. civ. IV, n° 2; R., p. 343; D. 1990. 173, note Brill ; JCP 1990. II. 21459, note Stoufflet; RTD civ. 1990. 649, obs. Mestr

2. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص573؛ سليمان مرقس، نظرية العقد، ص506.

3. حسام الدين الأهواني، أشار إليه سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص99؛ جمعة زمزم، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014، ص369.

4. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص567؛ علي فيلالي، المرجع، ص390، 391.

5. سليمان مرقس، نظرية العقد، ص506؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، فقرة 408، ص622؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دون مكان النشر، 1984، الكتاب الثاني، ص537.

6. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص209.

أوجه الطعن الواردة في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

وتُعدّ مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه أو تأويله صورًا مختلفة لسبب واحد هو "مخالفة القانون"[2]، كما تعد من أهم أسباب الطعن في القرارات القضائية؛ لذا سنتناول الرقابة على القاضي في هذا الشأن من خلال دراسة الأوجه الآتية.

1.2ـ مخالفة القانون:

بالنسبة لشروط تكميل العقد، فيجب على القاضي التحقق من قيامها، والتأكد من انعقاد العقد عن طريق الاتفاق على المسائل الجوهرية، وعلى حسب الحالة، إما إغفال المسائل التفصيلية طبقا للمادة 107، وإما إثارتها وتأجيلها دون تعليق قيام العقد على الاتفاق حولها بعد قيام العقد طبقا للمادة 65 من القانون المدني، فعندما لا يتحقق القاضي من قيام هذه الشروط يعتبر مخالفا للقانون، يتعين نقض حكمه[3].

وبالنسبة للوسائل المقررة قانونا فقد يكمن الخطأ في القانون عند استعانة القاضي بها لتكميل العقد، كأن يخطئ في تطبيق النص المناسب بالنسبة للقواعد المكملة، أو يطبّق قاعدة عرفية لم تتوافر فيها العناصر اللازمة، أو لم يتحقق من وجودها ومن ملاءمتها للواقعة المعروضة عليه[4].

أما بالنسبة لقواعد العدالة فتزداد السلطة التقديرية للقاضي سعةً حينما يلجأ إليها لتحديد نطاق العقد؛ لأن القاضي في مثل هذه الأحوال هو الذي يخلق المعيار الذي يستخدمه في إعمال سلطته التقديرية، سواء كان هذا المعيار معيارًا شخصيا أو موضوعيًّا. ورغم ذلك فإن المحكمة العليا تبسط رقابتها على القاضي في استنباطه لحكمه من قواعد العدالة[5]، حيث يشترط في ذلك انطباق البنود التي قررها القاضي عدالةً على نطاق الدعوى، وأن يكون استخلاص القاضي لهذه القواعد سائغًا ومقبولًا[6].

ومثلما أنّ المشرع قد ربط استعمال وسائل تكميل نطاق العقد بطبيعة الالتزام، وأنّ القاضي حينما يقوم بتكميل العقد عليه أن يظل في دائرة طبيعة الالتزام، ولا يخرج عنها؛ فإنه عندما يخالف ذلك يكون حكمه عرضة للنقض من قبل المحكمة العليا[7].

وقد قامت محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة بنقض الأحكام التي تضمنت تغييرًا في بنود العقد، أو

---

1. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008، ص3.

2. مخالفة القانون تعني إغفال القاضي لقاعدة قانونية صريحة واجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه، أو العمل بقاعدة ملغاة، أو إساءة فهم نص قانوني وتأويله أو تفسيره تفسيرًا يخرج عن روح النص أو الحكمة منه. راجع: عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص211؛ سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005، ص96.

3. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص213.

4. راجع: عامر علي حسن أبو رمان، المرجع نفسه، ص213، 216.

5. يرى البعض بأن القاضي هنا لا يخضع لرقابة المحكمة العليا؛ لأن ما يتعلق بالعدالة يعتبر مسألة واقع لا مسألة قانون. راجع: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص241؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص778؛ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص584.

6. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص217.

7. خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص44.

فرض التزامات لا تمت للقواعد القانونية المقررة التشريعية أو العرفية[1].

2.2ـ الخطأ في تطبيق القانون:

يتمثل الخطأ في تطبيق القانون في حال تطبيق القاضي لقاعدة قانونية على النزاع المعروض عليه بالرغم من عدم تتوافر شروط تطبيقها على هذا النزاع، فيشترط أمرًا مخالفًا للقانون كوجوب الاتفاق على المسائل الجوهرية والثانوية معًا، أو عند تطبيقها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لإرادة المشرع بسبب إساءة القاضي للفهم الصحيح لهذه القاعدة، أو بسبب الخطأ في تكييفه لوقائع النزاع[2].

2.2ـ الخطأ في تأويل القانون:

يتمثل الخطأ في تأويل القانون في إعطاء النص القانوني تفسيرا مخالفا لمعناه الحقيقي، بشكل يخالف روح النص والحكمة التي شرعه المشرع من أجلها[3].

فقد يخطئ القاضي في تأويل وفهم المعنى الصحيح للنص القانوني، حيث يشتبه عليه الأمر عند رجوعه إلى الوسيلة القانونية للتكميل، وقد يخطئ أيضًا في تفسير القاعدة القانونية وينعكس ذلك على البند المضاف من قبله، فتكون هذه المخالفة خاضعة لرقابة المحكمة العليا، إذ يترتب على ما قد يقع من خطأ في تحديد الوصف القانوني في الوقائع الثابتة خطأً في تطبيق القانون عليها[4].

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة تبينت لنا عدة نتائج أهمها:

- أن الأصل أنْ يتم التنظيم الكامل للعقد؛ حيث يتفق المتعاقدان على العناصر الجوهرية مع كل ما يستلزمه العقد من العناصر الثانوية التي تقتضيها الغاية الاقتصادية للعقد

- أن الاستثناء هو جواز الاتفاق على تنظيم المسائل الجوهرية، دون المسائل الثانوية بعضها أو كلها، بأن يتركها المتعاقدان عمدًا أو سهوًا منهما.

- أنه عند إثارة المسائل التفصيلية وقت العقد دون الاتفاق عليها نطبق المادة 65 من القانون المدني، أما عند عدم التذرق إليها أصلا فإننا نذبق نص المادة 107.

- صعوبة اقتصار مضمون العقد على الحقوق والالتزامات الواردة فيه، بحيث لا يمتد نطاقه إلى غير ذلك؛ لأنه غالبًا ما توجد التزامات تبعية لم تنصرف إليها إرادة المتعاقدين، ومع ذلك تلزمهما، بسبب ضرورتها لتنفيذ العقد، وبدونها لا يتحقق الغرض من العقد.

- أن تدخل القاضي يُعدّ ضروريًّا لسد النقص الذي يعتري العقد، حيث يمارس سلطته التي منحه إياها المشرع لتكميل العقد.

1.Voir: Cass. Civ. 1re, 20 mars 1989: D. 1989. 381, note Malaurie; RTD civ. 1989. 756, obs. Jourdain.

2. سهام بشير، المرجع السابق، ص99؛ عامر علي حسن أبو رمان، المرجع السابق، ص218.

3. سهام بشير، المرجع والموضع نفسه.

4. عامر علي حسن أبو رمان، المرجع نفسه، ص219.

- أن القاضي عندما يقوم بسد هذا النقص فهو ينزل على حكم المشرع وليس على إرادة المتعاقدين؛ لذلك فإن حكمه يحقّق إرادة المشرع.

- أن تدخل القاضي لتكميل العقد متعلق بالقانون، وبالتالي فهو يخضع لرقابة المحكمة العليا.

وبناءً على تمت دراسته في متن الموضوع نوصي بأن:

- يقوم المشرع بتوحيد المعايير المذكورة في المادتين 65 و107 من القانون المدني، بأن يجعل طبيعة المعاملة مرتبطة بكل من القانون والعرف والعدالة لا منفصلة عنها.

- أن يقوم بتصويب النص العربي للمادة 65 ويجعله مطابقا للنص الفرنسي، وبالتالي يؤخّر طبيعة المعاملة عن القانون والعرف والعدالة.

- أن يعتمد القاضي في تكميله للعقد على معايير موضوعية، لتتناسق مع الطبيعة الموضوعية لعملية التكميل.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

النصوص القانونية:

- أمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم، الصفحة 990.

- قانون رقم 8 لسنة 1984، مؤرخ في 14 فبراير 1984، يضمن قانون المعاملات المدنية السوداني.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب:

- آلان بينابنت، القانون المدني، الموجبات، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2004.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، دار هومة، الجزائر، 2014.

- جاك غستان وآخرون، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

- حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول: في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1362هـ- 1943م.

- خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.

- سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، 2012.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة، مصر، 1987.

- سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1954.

- سمير شيهاني، الوجيز في عقد الإيجار المدني: فقهًا وتشريعًا وقضاءً، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009.

- عامر علي حسن أبو رمان، دور القاضي في استكمال العقد في القانون المدني، دار الحامد، عمان، الأردن، 2015.

- عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 2006.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
- عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي: النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1971.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، المجلد الأول: نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دون مكان النشر، 1984.
- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2013.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2002.
- هدى عبد الله، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

ب. الرسائل والمذكرات الجامعية:

- جمعة زمزم، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2014.
- سهام بشير، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005.
- الصادق ضريفي، النظام القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، 2015.
- عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2008.

ج. الاجتهاد القضائي:

- الطعن رقم 3674 لسنة 66 قضائية، جلسة 04 فبراير2009، مجلة المكتب الفني، السنة 60، ص271.
- الطعن رقم 7101 لسنة 81 قضائية، جلسة 17 ديسمبر 2018. منشور على الموقع:
https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111388770&&ja=255344 تاريخ الزيارة 2020/11/09

د. المقالات:

- حمد محمد أحمد الزين، شروط العقد الصريحة والضمنية في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م (دراسة مقارنة بالقانون الإنجليزي)، مجلة جامعة شندي، السودان، العدد16، يوليو 2016، ص.ص186-228.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية:

a- Ouvrages:
-Adrien Vion, l'étendue minimale de l'accord en droit suisse des contrats Entre points essentiels du contrat, liberté contractuelle et complètement judiciaire, Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag), Lausanne, 2019.

-Mazeaud (H) et (L) et (J) et François (Ch), Leçon de Droit Civil, Tome2, Volume 1, Les obligations, DELTA, 9ème édition, 2000.
-Stefan Grundmann & Denis Mazeaud, General Clauses and Standards in european contract law. Comparative Law, EC law and contract law codification, Kluwer law international, 2006.

b- Thèses:

-Brunelle Fessard, Les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse de doctorat, Université Montpellier, France, 2015.

c- Articles:

-Fabienne KUTSCHER-PUIS, détermination du prix de vente l'expérience allemande, revue internationale de droit comparé, vol. 49 n°1, janvier-mars 1997, pp 175-185.

d- jurisprudences:

- Cass. Civ. 21 nov. 1911: GAJC, 11e éd., n° 262.
- Cass. Civ. 3e, 2 mai 1978: D. 1979. 317.
- Cass Civ. 1re, 21 févr. 1979: D. 1979.
- Cass. Civ. 1re, 20 mars1989: D. 1989. 381.
- Com. 9 janv. 1990: Bull. civ. IV, n° 2; R., p. 343; D. 1990. 173
- Civ. 3e, 20 déc. 1994: Bull. civ. III, n° 229.
- C. com. 10 janv. 1995, n° 91-21141. Bull. 1995. IV. N° 8,.
- C. com., 18 mars 1997, n° 94-22216. Non publié.
- Civ. 3e, 28 mai 1997: Bull. civ. III, n° 123.
- Civ. 3e, 30 mars 2011: Bull. civ. III, n°55.
- C. com., 7 févr. 2012, n° 10-27716. Non publié.